

DERECHO LABORAL

Ley de licencias especiales por hijo o familiares con discapacidad o familiares con enfermedad terminal Nº 19.729 del 28/12/18, en la República Oriental del Uruguay (*)

POR **EDUARDO GOLDSTEIN** (**)

Sumario. I. Presentación.- II. Sujetos comprendidos. Ámbito subjetivo de aplicación de la norma.- III. Licencia para trabajadores con un hijo con discapacidad.- IV. Licencia para trabajadores con familiares con discapacidad o enfermedad terminal.- V. Consideraciones finales.- VI. Bibliografía.

Resumen: el 28 de diciembre de 2012 se promulgó en la República Oriental del Uruguay la ley Nº 19.729 que consta de un único artículo, que introduce ampliaciones a la ley de licencias para los trabajadores de la actividad privada Nº 18.345, incorporando el artículo 10, que consagra una licencia especial para todo trabajador de la actividad privada que tenga que atender a un hijo discapacitado, para controles médicos, y el artículo 11, que concede una licencia especial para todo dependiente que tenga a su cuidado un familiar discapacitado o con una enfermedad terminal.

Palabras claves: licencias especiales - trabajador - actividad privada - hijo con discapacidad - familiares con discapacidad o enfermedad terminal

Law of special licenses of children or relatives with disabilities or family members with terminal illness Nº 19.729 of December, 28, 2018 in the Oriental Republic of Uruguay

Abstract: on December, 28 of 2012, law Nº. 19.729 was enacted in the Oriental Republic of Uruguay, which consists of a single article, which introduces extensions

(*) En memoria del Prof. Jorge Rodríguez Mancini (QEPD), jurista de fuste con quien compartí varios eventos internacionales y referente de consulta permanente.

(**) Magíster en Derecho, orientación Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Prof. Adjunto Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en las carreras de Abogacía, Notariado y Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

to the licensing law for workers in private activity No. 18,345, incorporating articles 10° that establishes a special license for every worker in the private sector who has to take care of a disabled child, for medical check-ups, and the 11th article, that grants a special license for every dependent who must do it with a disabled family member or with a terminal illness.

Keywords: *special licenses - worker - private activity - child with disability - family members with disabilities or terminal illness*

I. Presentación

El 28/12/18 el Poder Ejecutivo promulgó la ley N° 19.729, que consta de un único artículo. Éste incorpora los artículos 10 y 11 a la ley N° 18.345, del 11/09/08, de licencias especiales para los trabajadores de la actividad privada.

Dichas disposiciones consagran dos beneficios para los trabajadores:

A) La licencia por hijo con discapacidad.

B) La licencia por familiares a cargo con discapacidad o enfermedad terminal.

En este caso corresponde distinguir la retribución a cargo del empleador en función de la licencia que se trate. En el caso de la licencia por hijo con discapacidad, el asueto siempre será con goce de remuneración.

En el caso de la licencia que se otorga por familiares a cargo con discapacidad o enfermedad mental, corresponde hacer una distinción. El legislador sancionó dos mecanismos en función del número de horas por las que el beneficiario opte durante el año civil. Si el trabajador a cargo toma hasta 64 horas, éstas serán abonadas por el empleador. En cambio, si opta hasta 96 horas, 64 serán abonadas y el saldo que reste entre 64 y 96 no serán abonadas ni por el empresario ni por los institutos de seguridad social, pero ese excedente será considerado falta justificada.

A título de introducción, Garmendia (2019, p. 1) destaca que esta disposición se encuadra dentro de una política legislativa que el Estado uruguayo ha ido adoptando en materia de beneficios en favor de las personas con discapacidad, tanto en su protección como promoción en aplicación de las normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que fue objeto de ratificación por nuestro país en 2008 (1).

En definitiva, la flamante disposición otorga tiempo libre dentro de la jornada laboral a los trabajadores que tienen a cargo un hijo con discapacidad o familiares

(1) Ley N° 18.418 del 20 de noviembre de 2008.

que padecen una enfermedad terminal, para controles o tratamientos médicos, sin pérdida de ingresos en el primer caso y parcialmente en el segundo.

I.1. Justificación de la norma

Jurídicamente, la consagración de éste derecho se enmarca dentro de una especialidad que va adquiriendo perfiles propios y que está cimentando la génesis de lo que podemos denominar sin estridencias “derecho antidiscriminatorio”, que ha dado sendos pasos evolutivos, pasando de ser un derecho de resorte negativo mediante la concepción de la igualdad formal, prohibiéndose, por ello, a través de enumeraciones al principio taxativas y luego enumerativas de conductas activas y pasivas que connotaban segregaciones en sentido peyorativo (*vg.* proscripción de realizar cualquier acto que tuviese como corolario la desigualdad de trato), a un estadio actual en la evolución de los derechos humanos, que deriva en una obligación de hacer (de carácter positiva), para el logro de igualdad de oportunidades.

De todos modos, y en la fase prohibitiva de la evolución del Derecho, perviven aún (y porque son necesarios) en los ordenamientos jurídicos de la región, la interdicción de actos segregacionistas, los que en caso de configurarse y consumarse, son sancionados con la medida extrema de la nulidad, como ocurre a vía de ejemplo con la ley chilena N° 20.087, del 03/01/06, el Estatuto de Igualdad Racial en la República Federativa de Brasil, ley N° 12.228 del 10/07/04 (que contiene, además, acciones o medidas positivas, aspecto que nos permite calificar a dicha norma como “mixta”), la Ley Antidiscriminatoria, N° 23.592 del 23 de agosto de 1988, en la República Argentina y la Ley de protección del fuero sindical, N° 17.940 del 2 de enero de 2006, en la República Oriental del Uruguay.

Para combatir con la mayor eficacia posible la desigualdad y discriminación, amén del cambio cultural que en la conciencia social ello implica y requiere, con marcado acento en los sistemas de enseñanza desde la primera edad escolar, visto desde la perspectiva del Derecho, una de las herramientas fundamentales trasunta en el tratamiento diferenciado transitorio, no como medida *ad eternum*, sino acompasado con los cambios socio-culturales antes mencionados y que deberían cesar, en tanto evolucionemos hasta llegar a la extirpación de esta patología social.

Adentrándonos a nuestra realidad, nos podemos encontrar con el escollo que una ley que establezca acciones positivas a favor de determinados colectivos podría en principio ser tachada de inconstitucional, por contravenir el caro principio de igualdad, reconocido expresamente por el artículo 8 de la Carta Magna. Véase que, desde una perspectiva utilitarista, cabría sostenerse que se está beneficiando a determinado grupo de personas, en lo que al trabajo refiere, por otros aspectos que no sean los méritos a los que la Constitución refiere expresamente como “*talentos y virtudes*”.

Sin embargo, ese argumento deviene en un cariz de carácter puramente adjetivo, pues cuando lo que se busca es la igualdad sustantiva de las personas (y esa es a nuestro entender la finalidad teleológica del constituyente, lo que resulta, además, compatible con nuestro sistema democrático republicano no sólo de gobierno, sino de convivencia institucional y social), cobran relevancia —reiteramos— las máximas de autores de la talla de Couture y Alexy, entre otros, cuando pregonan que para igualar una desigualdad de hecho, debe necesariamente crearse una desigualdad de derecho (Couture, 1948, p. 271). En otras palabras, se establece una desigualdad artificial para lograr una igualdad real.

En síntesis, la doctrina de acciones positivas, que proviene del derecho anglosajón y que se denomina como *affirmative action*, consiste en todas aquellas medidas de promoción y fomento que tienen por objeto establecer la paridad de trato mediante la extirpación de las desigualdades de hecho, las que en nuestra opinión son admisibles sin estridencias en nuestro ordenamiento jurídico, sin atentar en un ápice con el principio de igualdad.

Es allí donde aparecen legitimadas desde una perspectiva constitucional y jusnaturalista las normas que a continuación pasaremos a examinar en sus aspectos más relevantes.

Pero a mayor abundamiento y conforme a las tendencias innovadoras del derecho del trabajo, al decir de Plá Rodríguez “un derecho en constante transformación”, aparece como novel derecho conciliar el trabajo con la vida familiar. De allí que estemos en presencia de una disposición ambivalente en su justificación. Por un lado, el aspecto antidiscriminatorio ya señalado y por el otro el que acabamos de mencionar

Como advierte Mangarelli, el tema de la conciliación del tiempo de trabajo y la vida familiar se refleja en las políticas públicas “como una de las vías de promover el cambio de patrones en la sociedad” (2015, p. 29). Continúa la autora: “En la actualidad ha tenido lugar una evolución en las ideas en la temática de la conciliación del trabajo y la vida familiar: se tiende a promover cambios en los patrones de comportamiento de hombres y mujeres que trabajan y una de las vías para ello es incorporar el cambio en la legislación” (Mangarelli, 2015, p. 30).

La Organización internacional del trabajo (OIT) y el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo, trabajo y familia (PNUD), en el informe “Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con responsabilidad social”, mencionan la noción de cuidado entre hombres y mujeres en forma redistribuida, organizando el trabajo a favor de la responsabilidad social (OIT y PNUD, 2009).

El derecho al cuidado —en este caso de familiares discapacitados o con enfermedades terminales— es un derecho universal inespecífico que presenta dos aristas: el

de cuidar y el de ser cuidado, que el Estado debe garantizar mediante la adopción de políticas públicas que posibiliten la conciliación de la vida familiar con el trabajo.

Mangarelli sella una trascendente conclusión que justifica la norma en estudio. El Derecho del Trabajo del siglo XXI constituye un nuevo fin de la disciplina y éste se refleja en la ley N° 19.729.

1.2. Bondades y aciertos del legislador en la técnica legislativa

Brevemente y siguiendo la línea trazada por Garmendia (2019, p. 2), previo al análisis de la norma, la técnica legislativa adoptada es merecedora de elogio y reconocimiento. Plá Rodríguez (1979, p. 23) enseña que una de las características del derecho laboral patrio es la condición de fragmentario, dado que “(...) se encuentra disperso en una serie de textos diferentes, ya sea de orden legal, reglamentario, profesional, etc.”

Además, una característica típica del derecho del trabajo uruguayo es su dispersión y carencia de Código de Trabajo, lo que muchas veces dificulta a los operadores jurídicos encontrar institutos ordenados en forma sistematizada y ordenada.

En concreto, el legislador, al incorporar por medio de la ley N° 19.729 los artículos 10 y 11 a la ley N° 18.345 de licencias especiales para los trabajadores de la actividad privada con goce de sueldo, unifica en una única disposición todas las licencias especiales, de modo tal que basta acudir a la última norma citada, sin necesidad de escrutar en el ordenamiento jurídico otras disposiciones pues allí se encuentren todas las licencias especiales, sin excepción.

Garmendia asevera, en opinión que compartimos plenamente:

Se trata de una técnica legislativa encomiable, porque —aunque sea en esta específica y concreta materia de las licencias especiales— va en el sentido de contribuir a dotar de cierta unidad y sistematicidad al atomizado ordenamiento positivo laboral uruguayo (...). Por esta razón, hay que destacar que la técnica que se utiliza en la ley en estudio resulta interesante, porque evita la profundización de esa dispersión normativa, al tomar a la ley N° 18.345 como aquella en la que quedan concentradas las disposiciones sobre *licencias especiales* de los trabajadores de la actividad privada (2019, p. 74).

II. Sujetos comprendidos. Ámbito subjetivo de aplicación de la norma

Evidentemente al incorporarse los dos nuevos artículos a la ley de licencias especiales de los trabajadores de la actividad privada, debemos acudir a ella para determinar a qué trabajadores comprende.

Estos engloban a todos los trabajadores de la actividad privada, en función de lo previsto por el propio artículo 1 de la ley N° 18.345 (2).

De allí que abarca a todo trabajador de la actividad privada, incluyendo a los dependientes de las personas jurídicas de derecho público no estatales, dado que conforme a lo previsto en el artículo 765 inciso 3 de la ley N° 16.736, del 5/1/1996: “Los funcionarios de las personas jurídicas públicas no estatales se regularán por el derecho laboral común, sin excepción alguna”; e incluso el beneficio cubre a los trabajadores informales (Goldstein y Panizza, 2008, pp. 643-644).

Cabe agregar que compartimos la opinión de Garmendia (2019, pp. 77-78), en tanto, conforme a su texto, no hay obstáculo alguno para que la misma pueda ser gozada en forma conjunta y simultánea por ambos progenitores del hijo con discapacidad o familiar que padece una enfermedad terminal. El único requisito que deberán cumplir es el preaviso, la realización de los controles médicos correspondientes y posterior justificación, cuyo estudio a continuación veremos.

III. Licencia para trabajadores con un hijo con discapacidad

La reciente ley, que incorpora el artículo 10 a la ley originaria de licencias especiales para los trabajadores de la actividad privada, confiere un asueto especial a todo trabajador que tuviere un hijo con discapacidad, conforme a al régimen previsto en la ley N° 19.691 del 29/10/18 (3).

Dice el artículo:

Todo trabajador que tuviere un hijo con discapacidad conforme al régimen previsto en la ley N° 19.691, de 29 de octubre de 2018 (ley de promoción del trabajo de personas con discapacidad), tendrá derecho a solicitar hasta un total de 10 (diez) días anuales para controles médicos de ese hijo, con goce de sueldo. La comunicación de dicha circunstancia al empleador deberá ser efectuada con una antelación mínima de 48 (cuarenta y ocho) horas. A los efectos de acreditar el motivo que dio lugar a la solicitud de licencia el trabajador dispondrá del mismo plazo para presentar el certificado médico correspondiente.

Como avizoramos en su texto, al hacer la norma una remisión expresa, es ineludible escudriñar cuál es el alcance de dicho envío.

(2) Ley N° 18.345, artículo 1 “(Ámbito de aplicación). Todos los trabajadores de la actividad privada tendrán derecho a las licencias especiales con goce de sueldo, que establece la presente ley. Constituyen derechos mínimos y no podrán ser descontadas del régimen general de licencias”.

(3) Ley de promoción del trabajo para personas con discapacidad.

Evidentemente, el sentido que quiso dar el legislador al hacer la remisión antes anotada, a nuestro entender, es definir el alcance que para la ley tiene el sustantivo “discapacidad”.

Curiosamente, la ley Nº 19.691 no lo hace, pues ésta a su vez se remite en su artículo 1 al artículo 2 de la ley Nº 18.651 del 19/02/10, referente a la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad. De acuerdo con esta última disposición remitida, se considera discapacitado a los efectos de la ley que otorga la licencia especial a “toda persona que padezca o presente una alteración funcional permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica, visceral) o mental (intelectual y/o psíquica) que en relación con su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”

Desde una óptica técnico-jurídica, el reenvío del envío, hubiese sido más prolijo si el legislador hubiese hecho la remisión directa de la novel ley a la Nº 18.651, obviando un peldaño innecesario. Sería más sencillo para los operadores jurídicos acudir a la remisión directa, la que en la forma en que está redactado el artículo no presenta ninguna necesidad para haberlo hecho del modo en que se hizo.

En este caso, el trabajador tendrá derecho a solicitar hasta 10 días anuales de licencia para controles de ese hijo (que podrá ser legítimo, natural reconocido o adoptivo) con goce de sueldo, debiendo preavisar al empleador para hacer uso del beneficio con un plazo de antelación no menor a 48 horas a hacerla efectiva. La ley no establece ninguna forma de comunicación al empleador, por lo que al no hacerlo cualquier medio idóneo debe ser admitido. De todos modos y en función de que por el trato directo la misma puede ser verbal, sería conveniente para ambas partes de la relación laboral, hacerlo por un medio en el que quedara constancia. De allí que todos aquellos que son admitidos por la ley de licencias especiales serían válidos, sin perjuicio de otros que constaran por escrito.

No se trata obviamente de un requisito de solemnidad, sino simplemente de que las partes cuenten con un medio de prueba, pues así lo exige la ley Nº 18.345 con cada una de las licencias especiales que consagra (Artículo 5, licencia por paternidad, adopción y legitimación adoptiva, artículo 6, licencia por matrimonio y artículo 7, licencia por duelo).

A su vez, la norma le impone al trabajador la carga de acreditar el motivo que dio lugar a la solicitud de la licencia especial, disponiendo el mismo plazo, mediante la entrega del certificado correspondiente.

Ha de entenderse, a nuestro criterio, en función de cómo está redactada la ley, que el plazo debe ser a más tardar dentro de las 48 horas siguientes al día en que la licencia se hizo efectiva, para que el empleador esté obligado a pagar el sueldo correspondiente a la licencia efectivizada.

El artículo también dispuso cual es el objeto de dicha licencia. El mismo trasunta en los “controles médicos”. Ahora bien, ¿cuál es el alcance del concepto de “*controles médicos*” al que la norma refiere?

A nuestro modo de ver, la interpretación debe ser lo más amplia posible dentro del campo de la salud e incluir tanto la física, psíquica, bucal, psicomotricidad, fonoaudiológica, ocular, etc., tenga o no que ver con la discapacidad, en función del bien jurídico al que el asueto especial está dirigido, pues la ley no distingue ni hace mención a ello, por lo que resulta aplicable en la interpretación y aplicación de la norma el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Si bien resulta de perogrullo que la norma menciona 10 días anuales, debe interpretarse en la hermenéutica de la ley de licencias especiales a la que se incorpora, que se trata del año civil (1/1 al 31/1), conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley N° 18.345 para la licencia por estudios, donde lo menciona expresamente.

El artículo dispone que esos días podrán tomarse desde el mínimo, que sería un día, hasta el máximo de 10 días de una sola vez y, dentro de esos extremos, todas las demás posibilidades combinatorias admitidas (por ejemplo, 2, 3, 4 días, etc.).

Aquí debemos poner el acento en una cuestión que no es menor, atendiendo diferentes aspectos. Si bien resulta que el criterio más común sea que un control se realice en un solo día, puede suceder que existan controles que requieran una previa preparación, internación e incluso algún cuidado posterior que insuman más de un día.

Incluso, atendiendo la realidad de nuestro país, puede suceder que el hijo discapacitado se domicilie en una ciudad, villa o pueblo del interior del país y deba trasladarse a la capital departamental o a una ciudad de otro Departamento y muchas veces las frecuencias de los ómnibus o ambulancias requieren determinado tiempo de traslado. En cada caso concreto, el trabajador deberá justificar el tiempo insumido en función de los días de licencia solicitados.

También, siguiendo la orientación de la ley de licencias especiales, interpretamos como sucede en la licencia por estudios que el plazo máximo de 10 días se agota en el año civil que corresponda, por lo que, si el trabajador no hizo uso del máximo legal, el saldo pendiente no se traspa al año siguiente.

Un problema no menor que advertimos en el artículo 10 en estudio es la referencia singular a “*un hijo*”. Surge en consecuencia la siguiente interrogante: ¿qué sucede en el caso de que el trabajador tenga más de un hijo? ¿Le corresponden otros 10 días por cada hijo que tenga con discapacidad, sólo podrá utilizar el beneficio por un único hijo, o podrá dividir el plazo legal entre los hijos que tenga con

discapacidad? Evidentemente la respuesta a la primera pregunta (otorgar 10 días de licencia por cada hijo que padezca incapacidad), a nuestro entender, es negativa, pues hacer una interpretación y aplicación extensiva sería acordar un derecho que la ley no asigna. En ese caso la norma debió decir expresamente “*por cada hijo*”, o “*hijos*” en plural. En cambio, en respuesta a la segunda pregunta, sostenemos que debe ser afirmativa. Lo que podrá hacer el trabajador, conforme al texto de la norma, es utilizar ese máximo de diez días por el total de hijos con discapacidad que tenga. Lo dicho, en función del bien jurídico que la ley trata de proteger.

Es inadmisibles desde todo punto de vista que el trabajador que tiene más de un hijo con discapacidad deba optar por cuál de ellos hacer uso de ese beneficio. Pero si la intención del legislador era otra (otorgar hasta 10 días por cada hijo), debió plasmarla en la norma, por lo que en ese caso deberá sancionar una nueva ley, lo que ha sido moneda corriente en materia de licencias especiales. También debemos tomar conciencia que, si el legislador hubiese otorgado 10 días de licencia por cada hijo que padezca una incapacidad, con el sueldo a cargo del empleador, la ley podría provocar un efecto contrario al que persigue. Supongamos hipotéticamente que el trabajador tenga tres hijos con discapacidad y la ley hubiese otorgado el beneficio de 10 días por cada uno de ellos. En ese caso, el empleador debería sufragar hasta 30 días de sueldo por licencia por hijos con incapacidad, lo que induce claramente a que ningún empresario tomaría a un dependiente que se encuentre en esa situación.

Respecto a la retribución, corresponde al empleador pagar el sueldo correspondiente a esos días. Observamos aquí que el legislador dijo “*sueldo*” y no “*salario*”, locución que nos plantea otro problema no menor.

Como sostenemos con Carolina Panizza (Goldstein y Panizza, 2008, p. 641), el criterio con el cual debe interpretarse el beneficio es que el importe sea el equivalente a lo que el trabajador percibe por cada día de labor como si estuviese trabajando, incluidas las partidas marginales del salario que correspondan siempre y cuando sean partidas fijas (*vg.*, antigüedad, asiduidad, presentismo, etc.) y no variables (comisiones). En este último caso, deberá percibir el mínimo básico asegurado.

Fluyen para arribar a tal conclusión dos argumentos:

A) En primer lugar, la exposición de motivos de la ley de licencias especiales a las que se incorpora el presente artículo y que luce en el mensaje proyecto de Ley de la Cámara de Representantes del 04/02/07 (Goldstein y Panizza, 2008).

B) En segundo lugar, la ley autoriza al trabajador a ausentarse de su lugar de trabajo por una situación especial y ello no puede ser en desmedro de sus derechos económicos. Si se interpretara “*sueldo*” en sentido restringido como la remuneración básica del trabajador, la ley no cumpliría con la finalidad perseguida y el

beneficio en favor del trabajador que atraviesa una situación de la naturaleza que ley tutela, sería inocua. No tenemos el honor de compartir la postura de Goldflus (2010, p. 137), quien sostiene que debe calcularse en idéntica forma al jornal de vacaciones anuales, como si estuviera gozando la licencia anual reglamentaria.

De ser así, por ejemplo, debería incluirse el promedio de las horas extras, beneficio que el trabajador percibirá al gozar la licencia anual reglamentaria, de modo que, si el mismo se incluyera en ambas licencias, el trabajador estaría embolsando doblemente una remuneración por un mismo macro hecho generador, que en definitiva es un asueto. Lo dicho es válido para todas las partidas que deben calcularse en forma promedial y se incluyen en el jornal de vacaciones.

IV. Licencia para familiares con discapacidad o enfermedad terminal

Reza el artículo 11 incorporado a la ley de licencias especiales:

Quienes tuvieren familiares con discapacidad o enfermedad terminal a cargo conforme a la Ley N° 19.691, de 29 de octubre de 2018 (ley de promoción del trabajo de personas con discapacidad), tendrán derecho a una licencia especial anual de 96 (noventa y seis) horas, que podrá ser usufructuada en forma continua o discontinua y de la cual el empleador deberá abonar la correspondiente a 64 (sesenta y cuatro) horas. El ejercicio de este derecho, sin perjuicio de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, podrá ser instrumentado por el Consejo de Salarios respectivo o mediante convenio colectivo.

La norma, como se advierte, otorga el beneficio de una licencia especial para aquellos trabajadores que tengan familiares con discapacidad o una enfermedad terminal. Siguiendo el criterio del artículo 10 agregado por esta misma ley, no define a que familiares comprende, ni cuál es el concepto jurídico de discapacidad y enfermedad terminal. Para ello se remite a la ley N° 19.691 del 29/01/18, a la que ya nos referimos al analizar la licencia para el hijo con discapacidad.

Como habíamos señalado, la ley 19.691 a su vez se remite a la ley 18.651 que define el concepto de discapacidad, pero no el de enfermedad terminal. Si bien existen disposiciones que mencionan a las enfermedades terminales, como la ley N° 18.335 del 15/08/08 sobre pacientes y usuarios de los servicios de salud y su decreto reglamentario 274/2010 del 8/09/2010, o el Código de Ética Médica recogido por la ley N° 19.286 del 25/09/14, ninguna las define. Una enfermedad que puede hoy ser terminal, mañana puede dejar de serlo en función de los avances de la medicina y también pueden aparecer nuevas afecciones terminales en virtud de los descubrimientos científicos, o por mutaciones bioquímicas o genéticas que se

den en la naturaleza. Podemos agregar también que la misma enfermedad puede ser terminal para una persona y no para otra.

Por consiguiente, nos parece razonable que sea la ciencia médica la que determine un concepto de gran complejidad, cambiante y que depende de muchos factores a los que el derecho no tiene las herramientas para encausar y conceptualizar.

Otro desacierto que advertimos —*a priori*— del legislador es que hace referencia a los “familiares”. Surge, entonces, en forma inmediata la interrogante; ¿Quiénes son los familiares del trabajador? ¿Hasta qué grado por consanguinidad o afinidad comprende? ¿Estamos ante un vacío normativo que hay que colmar? ¿Existe un concepto jurídico único de “familia”?

La noción jurídica de familia resulta muy difícil de precisar debido a que está sujeta constantes mutaciones. Se trata de un concepto dinámico, cambiante y como acertadamente sostiene Garcé García (2014, p. 77) “La familia constituye uno de los institutos que ha experimentado mayores transformaciones en el devenir histórico; dicho proceso evolutivo se encuentra actualmente inacabado y en plena marcha, tal como lo evidencian las nuevas formas de familia”.

Por eso somos partícipes de la idea que la solución al problema planteado, como primer paso, debemos encontrarlo en la misma ley de licencias especiales, si bien existen otras disposiciones que para casos concretos definen el concepto de “familia”, como lo hace a vía enunciativa la ley 15.597 del 18/07/84, de bien de familia, en su artículo 6(4) y la ley 13.728 del 17/12/68 —ley nacional de vivienda—, en su artículo 7(5).

El artículo 11, que se incorpora a la ley N° 18.345 de licencias especiales para trabajadores de la actividad privada, prevé la licencia por duelo en el artículo 7, la

(4) La constitución del bien de familia puede hacerse: a) Por el marido o la mujer sobre sus bienes propios, en beneficio de ambos cónyuges o sus descendientes; b) Por ambos cónyuges conjuntamente sobre un bien ganancial, con idéntica formalidad. Si uno de ellos se negare a prestar su consentimiento será suplido por el Juez de Familia en la Capital o el Juez Letrado de Primera Instancia, en el Interior, con conocimiento de causa; c) Por el cónyuge sobreviviente y por el cónyuge o los cónyuges divorciados o separados de hecho, a favor de los hijos del matrimonio menores de edad, sobre los bienes personales pertenecientes al constituyente; d) Por el padre o la madre natural o por ambos conjuntamente, en beneficio de los hijos menores naturales, reconocidos o declarados tales, en la proporción fijada para los casos de herencia; e) Por toda persona en beneficio de otra, en la medida que ello no afecte la porción legítima de los herederos forzosos del constituyente.

(5) Que reza en su texto: “Entiéndase por familia, exclusivamente a los fines de esta ley, al núcleo familiar que ha de convivir establemente bajo un mismo techo, esté o no vinculado por razones de parentesco”. Esta redacción fue dada por el artículo 1 de la ley 16.237, del 2 de enero de 1992.

que se concede en el caso de fallecimiento del padre, la madre, o padres adoptantes, hijos, cónyuge, hijos adoptivos, concubinos y hermanos.

Obviamente que la reglamentación, los acuerdos de los Consejos de Salarios o la negociación colectiva podrán ampliar este beneficio a otros familiares no comprendidos, por ejemplo, los ascendientes, que a nuestro entender debieron ser contemplados por la ley.

El otro inconveniente que se avizora en la norma, es el concepto de “tener a cargo”, por ello, consideramos de asidero la solución de la jurisprudencia española, que va más allá de la convivencia y abarca la manutención (6). Por ello, el instituto de la curatela debería, en nuestra opinión, estar incluido (7).

En cuanto a la duración de la licencia, será de carácter anual (reiteramos que en la hermenéutica de la ley de licencias especiales es el año civil) y constará de 96 horas, que podrán gozarse en forma continua o discontinua, debiendo abonar el empresario las sumas correspondientes a 64 horas. Va de suyo que esas 96 horas son horas de trabajo, de modo tal que el trabajador podrá ausentarse desde una hora por día hasta el máximo de la jornada legal (8 horas) o convencional si es inferior. No están comprendidas las horas en las que el trabajador no labora, porque evidentemente en ellas no genera salario. Nada dice la ley respecto a quien debe abonar las 32 horas restantes si el trabajador agota las 64 horas pagas, por lo que esas horas, de solicitar el goce del beneficio, no recibirá ninguna retribución, debiendo considerarse una licencia sin goce de sueldo con una finalidad determinada y consecuentemente justificada, sin poder ser pasible de aplicación de la potestad disciplinaria.

El ejercicio de este derecho podrá ser reglamentado por el Poder Ejecutivo o por los Consejos de Salarios o convenio colectivo, lo que aun correspondería en caso que la ley nada dijera, en la medida que la misma solamente establece mínimos indisponibles. Nada dice el artículo respecto al plazo de antelación para solicitarla y para acreditar el justificativo correspondiente. De todos modos, creemos que, si bien la disposición nada dice al respecto, en una interpretación armónica y analógica, debería acudirse a la solución del artículo 10. Si la ley tiene una finalidad determinada, va de suyo que el trabajador que haga usufructo de la misma debe acreditar la causa o motivo por el cual solicitó el asueto y si el mismo cumplió la finalidad para la que fue consagrado, que es el justamente el de los controles médicos. Reiteramos, nos parece atinado aplicar los plazos para la licencia prevista

(6) STS, Tribunal Supremo - Sala Cuarta de lo Social, Número de Recurso 3192/2002. Recuperado de <https://supremo.vlex.es> > desempleo-prestacion-requisitos-75-18036745 [Fecha de consulta: 25/09/19].

(7) Artículo 431 del Código Civil y siguientes.

en el artículo 10 para un hijo con discapacidad, es decir, una antelación mínima de 48 horas antes y 48 horas después, salvo que la reglamentación de dictarse —ya que la ley no obliga al Poder Ejecutivo a hacerlo, sino que hace alusión a su competencia facultativa— disponga otra solución.

En nuestra opinión, las licencias consagradas en el artículo 10 y 11 no son acumulables, en la medida que concurran ambas hipótesis. Basamos nuestra opinión en que ambas disposiciones utilizan el sustantivo “discapacidad”, por lo que, en caso de ocurrir una discapacidad, conforme a la definición de la ley Nº 19.691, del 29 de octubre de 2018 (ley de promoción del trabajo de personas con discapacidad), la licencia será de 10 días.

En el caso que la discapacidad esté fuera de las definidas por aquella norma, se aplicará el artículo 1; lo mismo para el caso de un hijo con enfermedad terminal.

El legislador ha incurrido en un yerro que confunde al intérprete, pues el término familiar es inclusivo de hijo. No parece haber sido la voluntad de la ley otorgar un mayor beneficio cuando se trata de un familiar —en sentido amplio— con discapacidad, que, de un hijo con discapacidad, aunque el tema resulta altamente discutible.

V. Consideraciones finales

No cabe duda que la norma consagra un beneficio altruista y humanitario y de los derechos humanos más caros y elevados, pues garantiza el empleo y la percepción en todo o en parte del salario del trabajador que debe atender sus obligaciones ante una situación compleja, sensible y, cuando no, dolorosa de sus familiares directos.

Con esta disposición se colma un vacío que resultaba más que necesario en función de los bienes jurídicos que se protegen, tanto de la persona afectada, como del trabajador para contar con tiempo libre de trabajo remunerado para atender esta clase de situaciones.

No obstante, las bondades de la ley, debió regular en el artículo 10 la situación del trabajador que tiene más de un hijo con discapacidad. Si se interpreta con un alcance extensivo lo allí escrito, se estaría haciendo decir a la ley lo que ésta no dice. En ese caso, los 10 días deberían dividirse entre la cantidad de hijos que con discapacidad posea y cumplan con la inscripción en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad.

También por razones de técnica jurídica podría haberse incluido lo que regulan ambos artículos en uno solo.

La ley debió definir qué se entiende por “familiares” en el artículo 11, por ello, hasta que no se reglamente o sea producto de la negociación en los Consejos de Salarios o convenios colectivos, la solución la brinda la licencia por duelo que está prevista en la norma a la que se incorpora el artículo 11 de la flamante ley en estudio.

No se establece un período de antigüedad o carencia en la empresa para que el trabajador solicite esos beneficios (antigüedad mínima), por lo que serían beneficiarios aún aquellos trabajadores contratados en forma atípica, incluso los contratados a prueba.

De acuerdo con el artículo 8 de la ley 18.345, en la redacción dada por el artículo 4 de la ley 18.458 del 21/01/09, estos derechos son irrenunciables, no son sustituibles por dinero y naturalmente no generan derecho a salario vacacional (sumas para el mejor goce de la licencia), que solo procede para el caso de la licencia anual reglamentaria.

La norma se acompasa con lo dispuesto por el Convenio Internacional de la OIT N° 156 de 1981 y la recomendación N° 165 del mismo año. En el derecho comparado, son pocos los países que tiene este beneficio. Podemos considerar el caso de Francia (8).

VI. Bibliografía

Couture, E. J. (1948). *Algunas Nociones Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo, Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. I. Buenos Aires: Ediar.

Garmendia Arigón, M. (2019). Nueva ley de licencias especiales para los trabajadores con discapacidad o enfermedad terminal. *Revista de Derecho del Trabajo*, año VIII, N° 23, abril-junio. Montevideo: Thomson Reuters.

Goldflus, S. (2010). Las nuevas leyes de licencias especiales. *Fundación de Cultura Universitaria, AAVV, Cuarenta Estudios de la Nueva Legislación Laboral, Grupo de los Miércoles, XXXV Aniversario (primera edición)*. Montevideo.

(8) Solidaridad familiar: respecto de determinados familiares y hasta por tres meses, renovable una vez más. Apoyo a la familia: por motivo de discapacidad o pérdida de autonomía grave del trabajador (requiere dos años de antigüedad). Solidaridad internacional: hasta 6 meses. Catástrofe natural: 20 días para participar en organizaciones que prestan asistencia a las víctimas de los desastres naturales. Recuperado de https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/14226/1/94351_AAL_27042012_PAAH_permisos-laborales_94351_.doc [Fecha de consulta: 25/09/19].

Garcé García y Santos, A. (2014). El *jus puniendi* en el hogar romano: la humanización de las relaciones familiares. *Fundación de Cultura Universitaria, Revista de la Facultad de Derecho*, N° 36. Montevideo.

Goldstein, E. y Panizza, C. (2008). La nueva ley de licencias especiales para los trabajadores de la actividad privada. *Fundación de Cultura Universitaria, Revista de Derecho Laboral*, N° 231. Montevideo.

Mangarelli, C. (2015). El “derecho” a conciliar el trabajo y la vida familiar. Subsidio por maternidad, inactividad compensada por paternidad y subsidio parental para cuidados en la Ley N° 19.161 del 1.11.2013. *Revista de Derecho del Trabajo*, año VIII, N° 7, abril-junio 2015. Montevideo: Thomson Reuters.

Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Trabajo y Familia (2009). *Hacia nuevas formas de conciliación con responsabilidad social* (pp. 31-32). Santiago de Chile. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_111376.pdf [Fecha de consulta: 25/09/19].

Plá Rodríguez, A. (1979). *Curso de Derecho Laboral*, T. I, Vol. I, Montevideo: Editorial Acali.

Legislación

Decreto 274/2010, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 16/09/10.

Ley N° 13.728, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 27/12/68.

Ley N° 15.597, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 24/07/84.

Ley N° 16.736, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 12/01/96.

Ley N° 18.335, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 26/08/08.

Ley N° 18.345, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 23/09/08.

Ley N° 18.651, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 09/03/10.

Ley N° 19.286, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 17/10/14.

Ley N° 19.729, Boletín Oficial de la República de Uruguay, 18/01/19.

Fecha de recepción: 30-03-2019

Fecha de aceptación: 30-07-2019

